

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2019 90

Entscheid vom 14. Januar 2020

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi, Richter
Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Dennis Feusi, a.o. Gerichtsschreiber

Parteien

A._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Amt für Arbeit, Lückenstrasse 8, Postfach 1181, 6431 Schwyz,
Vorinstanz,

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Anspruchsberechtigung)

Sachverhalt:

A. A._____ (Jg. _____; N- Staatsangehöriger) wurde am 19. November 2018 durch das RAV C._____ zur Arbeitsvermittlung angemeldet für ein Vollzeitpensum in den Berufen Eisenleger, Raumpfleger oder Küchengehilfe/Officemitarbeiter (Vi-act. 2). Dies nachdem ihm seine Stelle bei der D._____ GmbH, E._____, per 19. November 2018 wegen 'wenig Arbeit' gekündigt wurde. Am 26. November 2018 unterzeichnete A._____ den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (Vi-act. 1).

B. Mit Schreiben vom 29. Januar 2019 informierte das Amt für Arbeit A._____, es stelle sich aufgrund seiner Tätigkeit als Mitarbeitender Ehegatte bei der Firma D._____ GmbH, deren Gesellschafterin und Geschäftsführerin seine Ehefrau sei, die Frage seiner Vermittlungsfähigkeit. Das Amt für Arbeit ersuchte ihn um weitere Informationen und schriftliche Stellungnahme betreffend Vermittlungsfähigkeit (Vi-act. 8). Am 10. Februar 2019 nahm A._____ Stellung (Vi-act. 9).

C. Mit Verfügung vom 14. Februar 2019 qualifizierte das Amt für Arbeit A._____ ab dem 19. November 2018 als vermittlungsunfähig; der Entschädigungsantrag werde ab diesem Zeitpunkt bis auf weiteres abgewiesen (Vi-act. 10). Hiergegen liess A._____ am 12. März 2019 Einsprache erheben (Vi-act. 11), die er am 11. April 2019 ergänzte (Vi-act. 3). Mit Einspracheentscheid Nr. 133/19 vom 21. Oktober 2019 wies das Amt für Arbeit die Einsprache ab.

D. Am 14. November 2019 reicht A._____ gegen den Einspracheentscheid Nr. 133/19 vom 21. Oktober 2019 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz fristgerecht Beschwerde ein mit den Anträgen:

1. Der Einsprache-Entscheid vom 21. November 2019 [recte: 21. Oktober 2019] bzw. die Verfügung vom 14. Februar 2019 sei aufzuheben und dem Beschwerdeführer ab 19.11.2018 die gesetzlichen Leistungen zu entrichten.
2. Alles unter o-/e- Kostenfolge.

Mit Vernehmlassung vom 4. Dezember 2019 beantragt das Amt für Arbeit die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Strittig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 19. November 2018 zu Recht verneint hat mit der Begründung, aufgrund der Rechtsprechung gelte er als mitarbeitender Ehegatte, was einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesse.

2. Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Nach dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 2 AVIG sind die im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen, und zwar unabhängig davon, ob sie selber ebenfalls eine arbeitgeberähnliche Stellung innehaben. Die Tatsache, dass sie mit einer arbeitgeberähnlichen Person verheiratet sind und in deren Betrieb mitarbeiten, genügt für den Ausschluss vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung.

Wie die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Kurzarbeitsentschädigung mehrmals betont hat, ist dieser Ausschluss absolut zu verstehen (BGE 123 V 234 Erw. 7). Es ist somit nicht möglich, den betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Leistungen zu gewähren. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bezweckt, dem Risiko eines Missbrauchs zu begegnen, das der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten inhärent ist. Schliesslich hat die Rechtsprechung festgehalten, dass dieses Risiko stets dasselbe ist, ob es nun um Arbeitslosen-, Kurzarbeits- oder Insolvenzenschädigung geht. Daher rechtfertigt sich keine unterschiedliche Behandlung von Ehegatten arbeitgeberähnlicher Personen in Bezug auf diese drei Leistungsarten (SVR 2011 ALV Nr. 14 S. 42, Urteil BGer 8C_74/2011 Erw. 5.1; BGE 145 V 200 Erw. 4.1 m.H. auf BGE 123 V 234 Erw. 7b/bb; BGE 142 V 263 Erw. 4.1; Urteil BGer 8C_837/2017 vom 16.4.2018 Erw. 3).

In BGE 142 V 263 Erw. 5.2.2 hat das Bundesgericht sodann festgehalten, dass bis zu einem Scheidungsurteil eine Umgehungsgefahr persistiert, weswegen vor diesem Zeitpunkt keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung geschuldet sind, unabhängig davon, ob und wie lange die Ehepartner faktisch oder gerichtlich getrennt leben oder ob gerichtliche Eheschutzmassnahmen angeordnet wurden. Keine Rolle spiele auch, dass die Eheleute schon zuvor keinen Ehemillen mehr bekunden würden, die Ehe nicht mehr gelebt werde.

Andererseits hat es das Bundesgericht im Urteil BGer 8C_155/2011 vom 25.1.2012 Erw. 5 abgelehnt, dem mitarbeitenden Konkubinatspartner den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gestützt auf Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG wie einem mitarbeitenden Ehepartner zu verweigern; der Ehepartner werde dadurch gegenüber dem Konkubinatspartner nicht unrechtmässig schlechter gestellt (vgl. auch Urteil EVGer C 193/04 vom 7.12.2004 Erw. 4; Urteil BGer 8C_664/2009 vom 13.1.2010 Erw. 4.1 [SVR 2010 ALV Nr. 9]; anders noch das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich im Urteil AL.2004.00284 vom 16.12.2004 Erw. 3.2, wonach nicht einzusehen sei, weshalb nur mitarbeitende Ehegatten unter Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG fallen sollen, nicht aber auch mitarbeitende Lebenspartner. Diese könnten die Entscheidungen einer Gesellschaft zugunsten des Lebenspartners doch in gleicher Weise beeinflussen, wie dies für Ehegatten gelte. Solle die Bestimmung nicht nur den als solchen ausgewiesenen Rechtsmissbrauch sanktionieren, sondern bereits der Gefahr eines Missbrauchs begegnen, seien auch mitarbeitende Lebenspartner von Leistungen im Sinne dieser Bestimmung auszuschliessen [anders dann mit Verweis auf das zitierte Urteil BGer in AL.2011.00308 vom 30.7.2012]).

3. Vorliegend ergibt sich aus den Akten:

3.1 Der Beschwerdeführer und B._____ (G-Staatsangehörige) haben am 16. Januar 2017 in G._____ geheiratet. Das Zivilstandsamt F._____ hat am 16. Januar 2017 eine entsprechende Heiratsurkunde ausgestellt (Vi-act. 15).

Am 29. Mai 2017 stellte B._____ beim Amt für Migration das Gesuch um Familiennachzug EU/EFTA für den Beschwerdeführer als ihren Ehemann (Vi-act. 16). Das Gesuch wurde bewilligt.

3.2 Bereits am 3. April 2017 unterzeichnete der Beschwerdeführer einen Arbeitsvertrag mit der D._____ GmbH als Vorarbeiter, der direkt der Geschäftsleitung unterstellt ist, zu einem Monatslohn von Fr. 7'250.--. Arbeitsbeginn war der 3. April 2017 resp. ab Eintreffen der Arbeitsbewilligung (Vi-act. 23). Die Anstellung wurde am 14. September 2017 per Ende Oktober 2017 gekündigt (Vi-act. 24). In der Folge bezog der Beschwerdeführer Arbeitslosenentschädigung (vgl. angefochtener Einspracheentscheid Erw. 8).

3.3 Am 5. April 2018 unterzeichnete der Beschwerdeführer einen neuen Arbeitsvertrag mit der D._____ GmbH als Vorarbeiter, der direkt der Geschäftsleitung unterstellt ist, zu einem Monatslohn von Fr. 8'750.--. Arbeitsbeginn war der 1. April 2018 (Vi-act. 25). Die Anstellung wurde am 1. Oktober 2018 per

19. November 2018 gekündigt. Anschliessend stellte der Beschwerdeführer erneut Antrag auf Arbeitslosenentschädigung (Vi-act. 1 und 2).

3.4 Am 28. Januar 2019 meldete das RAV C._____ der Vorinstanz, die ehemalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers habe genau dieselbe Adresse wie er; im HR eingetragen sei eine Person mit G-Staatsbürgerschaft. Die E-Mailadresse des Beschwerdeführers ende auf ._G; die auf Facebook publizierte Kontakttelefonnummer der Firma sei identisch mit der persönlichen Nummer des Beschwerdeführers und der Beschwerdeführer habe einen auffällig hohen versicherten Verdienst. Das RAV vermutete, es handle sich um seine eigene Firma und ersuchte daher um Prüfung der Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers (Vi-act. 3).

3.5 Die D._____ GmbH, ehemalige Arbeitgeberin des Beschwerdeführers, wurde am 13. März 2017 ins Handelsregister eingetragen (Statuten vom 11.3.2017). Einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin ist B._____ mit Einzelunterschrift. Die Firma bezweckt (zur Hauptsache) die Ausführung von Armierungsarbeiten und sämtlichen damit verbundenen Dienstleistungen. Die Domiziladresse ist gleichlautend mit der Wohnadresse des Beschwerdeführers (vgl. www.zefix.ch; eingesehen am 17.12.2019; auch Vi-act. 6).

3.6 Auf telefonische Anfrage hin bestätigte das Einwohneramt Gemeinde E._____, dass der Beschwerdeführer mit B._____ und zwei Kindern an gemeinsamer Adresse wohne. Sie hätten am 16. Januar 2017 in G._____ geheiratet und seien bis 20. Dezember 2018 als Verheiratete im Register geführt worden. Da jedoch Dokumente gefehlt hätten, sei die Ehe vom Zivilstandesamt nicht anerkannt und der Status im Register widerrufen worden. Nun würden beide als ledig geführt (Vi-act. 5).

3.7 Im Rahmen der Prüfung der Vermittlungsfähigkeit antwortete der Beschwerdeführer gegenüber der Vorinstanz am 10. Februar 2019, es bestehe keine Absicht, die D._____ GmbH zu liquidieren und löschen; es sei dies aber auch nicht seine Sache, das müsse die Firma selber entscheiden. Er habe am 28., 30. und 31. Januar 2019 bei der D._____ GmbH gearbeitet, weil sie Hilfe gebraucht habe. Es gebe leider keine Arbeit mehr, sie beschäftige keine Mitarbeitenden mehr und habe für 2019 keine Arbeit bekommen. Er sei bei der D._____ GmbH weder Gesellschafter noch Verwaltungsrat oder Geschäftsführer oder an anderen Firmen massgeblich finanziell beteiligt. Er hoffe natürlich, dass die D._____ GmbH wieder Arbeit bekommen werde und er wieder arbeiten könne; momentan könne er dazu nichts sagen (Vi-act. 9).

4.1 Mit der Verfügung vom 14. Februar 2019, bestätigt durch den angefochtenen Einspracheentscheid vom 21. Oktober 2019, verweigert die Vorinstanz dem Beschwerdeführer einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 19. November 2019 bis auf weiteres (Vi-act. 10 und 17). Er sei mitarbeitender Ehegatte in der Firma D._____ GmbH, deren Gesellschafterin und Geschäftsführerin B._____, seine Ehefrau sei. Er habe im Antragsformular seinen Zivilstand mit 'verheiratet' angegeben. Auch das Familiennachzugsgesuch und darauf basierend seine Aufenthaltsbewilligung gründe auf der in G._____ geschlossenen Ehe. Er wohne mit B._____ und den zwei gemeinsamen Kindern zusammen. Mithin sei er als Verheirateter zu behandeln, auch wenn er im Zivilstandsregister als 'ledig' geführt werde.

4.2 In seiner Beschwerde trägt der Beschwerdeführer vor, er habe zuletzt bei der D._____ GmbH gearbeitet. Dem Handelsregister könne entnommen werden, dass sich das Firmendomizil an seinem Wohnsitz befinde, er aber weder Gesellschafter noch Geschäftsführer sei. Mithin habe er keine arbeitgeberähnliche Stellung.

Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift der D._____ GmbH sei Frau B._____. Sie sei die Lebensgefährtin des Beschwerdeführers. Ihre im Ausland geschlossene Ehe werde in der Schweiz nicht anerkannt; mithin seien sie beide ledig. Gemäss AVIG-Praxis ALE B21-B23 des Seco beziehe sich der Ausschlussgrund (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG analog) ausschliesslich auf Eheleute und dürfe nicht auf andere Verhältnisse ausgedehnt werden. Entsprechend gelte er nicht als mitarbeitender Ehegatte. Damit sei er vermittlungsfähig.

Es gehe auch nicht an vorzubringen, er habe aufgrund der Heirat mit B._____ im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung erhalten, sei mithin verheiratet. Einerseits sei dies arbeitslosenrechtlich nicht relevant und andererseits sei er bereits vor der "Heirat" in der Schweiz aufenthaltsberechtigt und arbeitstätig gewesen.

Sein Anspruch auf ALE könne auch nicht mit dem Argument ausgeschlossen werden, dass er als mitarbeitendes Familienmitglied aufgrund seiner Stellung im Familienbetrieb einen massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen ausübe und er dadurch eine arbeitgeberähnliche Stellung innehabe. Er sei weder Gesellschafter noch Geschäftsführer, auch der eher als hoch zu qualifizierende Lohn vermöge nicht zu belegen, dass er eine arbeitgeberähnliche Stellung innehabe und weitere Indizien lägen nicht vor.

5.1 Soweit der Beschwerdeführer ausführt, er sei weder Gesellschafter noch Geschäftsführer der letzten Arbeitgeberin, so wird Entsprechendes auch durch die Vorinstanz nicht geltend gemacht.

5.2 Der Ausschluss des Beschwerdeführers vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erfolgte in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, da er mitarbeitender Ehegatte der einzigen Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift sei (vgl. oben Erw. 2).

Dass der Beschwerdeführer Lebenspartner von B._____ ist, bestreitet er nicht. Er wohnt mit ihr an derselben Adresse zusammen mit den zwei gemeinsamen Kindern. Zudem bestätigt er, dass sie in G._____ geheiratet haben. Auch liegt eine Heiratsurkunde des Zivilstandsamtes F._____ vor mit der Bestätigung, der Auszug entspreche dem Wiener Übereinkommen vom 8. September 1976 (Übereinkommen über die Ausstellung mehrsprachiger Auszüge aus Zivilstandsregistern; SR 0.211.112.112). Gemäss Art. 8 des Übereinkommens haben diese Auszüge die gleiche Kraft wie die nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des betreffenden Staates ausgestellten Auszüge. Sie sind ohne Legalisation, Beglaubigung oder gleichwertige Förmlichkeit im Hoheitsgebiet jedes durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates anzunehmen. Unbestritten ist auch, dass der aktuelle Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz im Rahmen des Familiennachzugs EU/EFTA bewilligt ist. Schliesslich gab der Beschwerdeführer selber seinen Zivilstand im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung mit "verheiratet" an. Schliesslich äusserte sich das Einwohneramt dahingehend, dass der Beschwerdeführer vorerst als verheiratet im Register eingetragen wurde, dies am 20. Dezember 2018 wegen fehlender Dokumente widerrufen wurde.

Bei dieser Sachlage ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer als mitarbeitenden Ehepartner im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG qualifiziert hat. Seine Heirat ist unbestritten; während der Anstellung und noch bis am 20. Dezember 2018 war er auch als verheiratet registriert. Allein der Widerruf des GERES-Eintrages "verheiratet" aufgrund fehlender Dokumente rechtfertigt nicht, ihn arbeitslosenrechtlich von diesem Moment an als Konkubinatspartner zu betrachten. Es kann dies nicht gleichgesetzt werden mit einer Scheidung, ab deren Zeitpunkt Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht mehr anwendbar ist.

5.3 Zu Recht hat die Vorinstanz sodann auf weitere Umstände hingewiesen. So wurde die Firma D._____ GmbH kurz nach der Heirat gegründet (11.3.2017) und der Beschwerdeführer, welcher den Beruf Eisenleger angelernt

hat, als Vorarbeiter zu einem ungewöhnlich hohen Gehalt von Fr. 7'250.-- angestellt, sobald die Arbeitserlaubnis vorlag (vgl. oben Erw. 3.2). Bis dahin arbeitete er als Eisenleger (angelernt), Mitarbeiter Gastronomie und in der Reinigung (vgl. Vi-act. 18). Auf den Winter hin erfolgte die Kündigung, worauf der Beschwerdeführer Arbeitslosenentschädigung bezog. Per 1. April 2018 erfolgte eine neuerliche Anstellung zu einem noch höheren Monatslohn von Fr. 8'750.--. Auf den Winter hin erfolgte neuerlich die Kündigung, wobei sich diese wegen noch vorhandener Arbeit wenig hinausschob. Im Erstgespräch des RAV wird protokolliert, die Firma habe aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wegen der Jahreszeit, Auftragslage im Winter (Vi-act. 18). Aus dem Gesprächsprotokoll vom 18. Juli 2019 ergibt sich, dass der Beschwerdeführer bis im Juni 2019 nicht in der Firma der Frau habe arbeiten können (mit Ausnahme weniger Tage im Januar), da keine Aufträge vorhanden gewesen seien. Im Juli 2019 habe er ein paar Stunden gearbeitet, nun sei es wieder vorbei (Vi-act. 19). Das RAV meldete sodann der Vorinstanz, die auf Facebook publizierte Telefonnummer der Firma entsprechen den vom Beschwerdeführer genannten persönlichen Kontaktdaten.

In Würdigung dieser Umstände ist der Beschwerdeführer nicht bloss als mitarbeitender Ehegatte der Geschäftsführerin zu qualifizieren. Ihm ist ebenso eine arbeitgeberähnliche Stellung zu attestieren. Seine Anstellung erfolgte jeweils zu einem ungewöhnlich hohen Salär. Sobald keine Aufträge mehr zu erwarten waren (Winterzeit) erfolgte jeweils die Kündigung. Gleichwohl führte er weiter Aufträge aus, wenn solche reinkamen. Dabei stimmten die Kontaktdaten der Firma mit seinen persönlichen überein (die auf dem Antragsformular genannte Privatnummer des Beschwerdeführers ist auch auf der Firmen-Facebookseite ausgeschrieben, eingesehen am 18.12.2019).

5.4 Zusammenfassend rechtfertigt die konkret grosse Gefahr des Missbrauchs der Arbeitslosenversicherung, den Beschwerdeführer vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung auszuschliessen. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 61 lit. a ATSG); Anspruch auf eine Parteientschädigung besteht nicht (Art. 61 lit. g ATSG).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

4. Zustellung an:
 - den Beschwerdeführer (R)
 - die Vorinstanz
 - und das Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, 3003 Bern (A).

Schwyz, 14. Januar 2020

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der a.o. Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 22. Januar 2020